

LA INEFICACIA CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

POR D.^a SILVIA SORIANO MORENO
Doctoranda en Derecho Público
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

Resumen

Estamos asistiendo en los últimos tiempos a un proceso de vulneración sistemática de los derechos, en especial de los derechos sociales. Por ello cabe preguntarse si la Constitución, sus operadores jurídicos y el marco emanado de esta son las herramientas adecuadas para proteger a los ciudadanos ante esta situación. Para ello deberá observarse la exigibilidad que ostentan los derechos sociales, los límites que impiden su vulneración y la actividad de los tribunales como garantes de estos encaminada a su protección.

Abstract

We are attending in recent times to a process of systematic violation of rights, especially of social rights. That is why we must ask ourselves if the constitution, its legal operators and the frame emanated from it are the adequate tools to protect citizens from this situation. Thus, we must observe the obligatory nature social rights hold, the limits that impede their infringement and the activity of tribunals, as their guarantors, that leads to its protection.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
- III. LA REVOCABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
 - A) CONTENIDO MÍNIMO DE LOS DERECHOS SOCIALES
 - B) EL TIPO DE NORMA COMO LÍMITE
 - C) PONDERACIÓN
 - D) SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA
- IV. INACTIVIDAD DE LOS OPERADORES JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Desde el constitucionalismo se ha tratado la cuestión de la eficacia y exigibilidad de los derechos, más aún de los llamados derechos sociales o derechos de segunda generación, en innumerables ocasiones y desde lejos. Este tema está presente desde las clases de las facultades de Derecho de todo el Estado hasta las monografías y ensayos más exhaustivos. Sin embargo, la situación actual en la que nos encontramos, inmersos en la grave crisis económica, política e institucional actual hacen necesario volver a plantearse esta cuestión, con más énfasis si cabe. La labor y el deber de la academia es contribuir a cambiar el estado de cosas, a plantearse las razones y causas y proponer soluciones, y la situación actual hace que ese deber resulte ineludible.

Un dato es obvio: la Constitución no está sirviendo para garantizar el bienestar de la ciudadanía ya que no resulta eficaz para hacer exigibles los derechos que reconoce. La situación, por todos conocida ya adquiere tintes dramáticos, pudiendo reflejarse en datos como:

- La tasa de paro en España ha ido evolucionando, desde un 8%, con aproximadamente 1.800.000 parados en el tercer trimestre de 2007 hasta el actual 23,67%, con aproximadamente 5.400.000 parados, alcanzando su cota máxima en el primer trimestre de 2013, con un 27% de población activa en situación de desempleo¹.
- El número de hogares sin ingresos de ningún tipo de ingreso ha pasado de 377.000 en 2007 al actual 728.300, alcanzando su cota máxima en el cuarto trimestre de 2007 con un total de 773.200².
- El porcentaje de hogares en los que todos sus miembros activos son parados ha pasado del 3,13% en el tercer trimestre de 2007 al actual 13,39%³.
- Los llamados «parados de larga duración» (en situación de desempleo durante dos años o más) han pasado de 205.300 en el tercer trimestre de 2007 al actual 2.343.600⁴.

¹ Datos del Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, consultado en http://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm.

² Datos del Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, consultado en <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4183>.

³ Datos del Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, consultado en <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4187>.

⁴ Datos del Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, consultado en <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4111>.

- Las ejecuciones hipotecarias han pasado de 25.943 desahucios anuales en 2007, llegando en su cota máxima a 96.636 anuales en 2010⁵, hasta las 32.960 anuales actuales⁶. Aunque los datos pueden variar según la fuente se muestra un escenario desolador⁷.
- El número de emigrantes españoles ha aumentado exponencialmente, variando los datos disponibles entre la salida de 225.000 y 700.000 españoles desde 2008⁸.
- La tasa de riesgo de pobreza ha pasado del 19,7% en 2007 al 22,2% en 2012, siendo esta entre la población de menos de 16 años del 28,9%⁹ y habiendo variado el umbral del riesgo de pobreza de 8.877 € en 2009 a 8.114 € en 2013¹⁰, lo que supone que hay más pobres en cuanto a cantidad pero que además son relativamente más pobres.

A estos datos estadísticos, relativos a la situación económica y de condiciones de vida de las familias hay que añadir que los recortes y la retirada de fondos para la provisión de servicios públicos y ayudas como becas, asistencia sanitaria, ayudas a la dependencia tanto económicas como en personal y material, aumento de impuestos indirectos, aumento en las tasas de consumo energético, copago (o repago) en servicios asistenciales y educativos, subidas de tasas universitarias y en guarderías, recortes presupuestarios en investigación, recortes salariales a funcionarios públicos, precarización e inestabilidad laboral generada por una ola de sucesivas reformas laborales, tasas judiciales, y un tristemente largo etcétera hacen que la situación anteriormente descrita se recrudezca aún más si cabe.

⁵ Ejecuciones Hipotecarias presentadas al Tribunal Superior de Justicia, *Impacto de la Crisis en los Órganos del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013.

⁶ Instituto Nacional de Estadística, Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias, consultado en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft30/p153&file=inebase&L=0>.

⁷ Los datos de que se dispone a este respecto son escasos y contradictorios entre el C.G.P.J., Colegio de Registradores, Notariado, etc. Para ver esta problemática de datos ver *Conciliación de datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/Datos-de-la-Justicia/Conciliacion-de-datos-sobre-ejecuciones-hipotecarias-y-desahucios--N-35--junio-2013->.

Para más datos sobre esta cuestión, consultar el informe *Emergencia Habitacional en el Estado Español*, de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca y el Observatorio D.E.S.C., 2013, disponible en http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/12/2013-Emergencia-Habitacional_Estado_Espanyoldef.pdf.

⁸ A falta de un instrumento estadístico adecuado, los estudios realizados se basan en las variaciones de datos indicados en el I.N.E. y en datos proporcionados por los estados receptores, los cuales dan valores diferentes. La cuestión ha sido tratada en prensa y por diferentes agrupaciones. Ver Jaime PRATS, «¿A cuántos españoles ha expulsado la crisis?», *El País*, 17 de enero de 2014, disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/17/actualidad/1389990285_962730.html.

⁹ Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Condiciones de Vida, consultado en <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4577>.

¹⁰ Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Condiciones de Vida, consultado en <http://www.ine.es/prensa/np844.pdf>.

El objetivo que se plantea en estas líneas es el de analizar jurídicamente el por qué de esta situación. ¿Es capaz la Constitución de garantizar la eficacia de los derechos por ella reconocidos? ¿Son los derechos sociales jurídicamente exigibles o meras declaraciones de intenciones? ¿Están los operadores jurídicos capacitados para salvaguardar el cumplimiento de estos derechos?

II. SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Para poder analizar si verdaderamente la Constitución debe ser la herramienta que garantice a los ciudadanos el cumplimiento y satisfacción de sus derechos se hará un breve apunte acerca de la eficacia de los derechos sociales, cuestión no pacífica entre la doctrina. Como ya se ha apuntado, este tema ha sido tratado desde diversas perspectivas y por diferentes autores. La posición más extendida entre la doctrina y la jurisprudencia es la de que los llamados derechos sociales, reconocidos en la Constitución Española en el Capítulo III del Título I como Principios Rectores de la Política Social y Económica, es la de adjudicar a estos derechos unos niveles de exigibilidad y eficacia inferiores a los que se otorga generalmente a los llamados derechos de primera generación, derechos propiamente fundamentales o derechos civiles y políticos, de los que nadie duda de su eficacia directa y su justiciabilidad. Son diversos los argumentos que se esgrimen para esta afirmación: que son derechos de carácter prestacional y por lo tanto limitados por cuestiones económicas, que son derechos que exigen una acción por parte del Estado y por tanto su violación vendría dada por una omisión que no podría ser justiciable, que no son derechos propiamente ya que son meramente principios programáticos e informadores del ordenamiento, entre otros argumentos por todos conocidos.

Sin embargo, ante esta posición tradicional cabe hacer ciertas matizaciones, ya que la realización de este tipo de declaraciones de derechos o la asunción de las mismas realizadas mediante instrumentos internacionales¹¹ sí generan obligaciones para los estados.

En primer lugar, respecto del argumento anteriormente citado sobre la diferente naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, por cuanto los primeros supondrían para los estados obligaciones negativas, y estos serían los verdaderos derechos por cuanto se erigen en resistencias de los ciudadanos al poder del Estado, y los segundos generarían obligaciones positivas, cabe oponer que esto no es del todo cierto. Derechos de los denominados civiles y políticos también conllevan obligaciones de hacer por parte de los estados: para garantizar el derecho de sufragio es necesario el establecimiento de un sistema electoral y toda su maquinaria, para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva es necesario el mantenimiento de tribunales y juzgados, para

¹¹ Como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.) de 1966, en vigor en España desde su publicación en el B.O.E. el 30 de abril de 1977.

mantener el derecho a la libertad hay que asegurar un sistema que evite que otros particulares lo vulneren. Del mismo modo, los derechos sociales no son simplemente prestacionales sino que comportan también obligaciones negativas ya que para gozar de un medioambiente y salud adecuados es necesario no contaminar, para la efectividad del derecho a la educación se debe garantizar su no destrucción, entre otros ejemplos¹². Con todo ello cabe afirmar que ambos tipos de derechos suponen obligaciones de hacer y no hacer.

Por otra parte pero relacionado con lo anterior, la clasificación tradicional que se hace entre los derechos que se consideran como civiles y políticos y aquellos que se consideran sociales tiene más una justificación clasificatoria o histórica, dependiendo del momento histórico en el que apareció su reconocimiento, que a la función social que realizan o a la motivación que llevó a su proclamación en relación con espacios de libertad para la ciudadanía. En torno a esto observamos ciertos derechos de difícil encuadre absoluto en alguno de las dos categorías, variando su adscripción según la fuente y el momento, tales como la libertad de sindicación o la libertad de expresión y prensa¹³. Por ello, desde parte de la doctrina se apuesta por evitar el reduccionismo que supone hablar de obligaciones de hacer o no hacer, o de obligaciones de no injerencia y obligaciones prestacionales, y hablar de diferentes niveles de obligaciones para los estados tales como obligaciones de respeto, de protección, de garantía y de promoción¹⁴. Con todo lo dicho puede concluirse que la tradicional distinción entre uno y otro tipo de derechos y por esto adjudicarles un menor grado de exigibilidad dista de ser real.

Se alude tradicionalmente a la necesidad de intervención del legislador para abrir la posibilidad de que los derechos sociales sean derechos justiciables y, por tanto, verdaderamente exigibles y verdaderamente derechos. Siendo cierta esta situación (que no supone que no sea susceptible de modificación) por la necesidad de desarrollo de unos derechos escuetamente declarados, también es cierto que el Tribunal Constitucional, si llegara a conocer de este tipo de derechos, siempre puede optar por diferentes opciones a su alcance a la hora de judicializar un derecho ya que puede tanto declarar la vulneración de la Constitución, si la hubiere aunque no haya habido desarrollo legislativo del derecho reconocido, formular judicialmente lo ordenado por la Constitución para el caso concreto o establecer un plazo para que el legislativo lleve a cabo el mandato constitucional¹⁵. Además de eso, este tipo de derechos siempre poseen facetas que pueden

¹² Más sobre esta cuestión en V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.^a ed., Madrid, Ed. Trotta, 2002, págs. 21 y ss.; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, págs. 60 y ss.

¹³ De hecho, en el caso español, el derecho a la educación, considerado como derecho social se encuentra enmarcado fuera de los llamados principios rectores, en el art. 27 C.E.

¹⁴ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.^a ed., Madrid, Ed. Trotta, 2002, págs. 28 y ss.

¹⁵ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 497. El argumento de la formulación judicial del derecho o de marcar plazos

hacerlos exigibles judicialmente, vinculando la garantía del derecho a la igualdad de todos los ciudadanos o a la dignidad de la persona. En las situaciones en las que un derecho social esté vinculado a otro valor constitucional el no protegerlo judicialmente podría suponer la vulneración de este otro derecho fundamental del cual no cabría duda de su judiciabilidad. Existen ejemplos de este tipo de actuaciones en derecho comparado, tutelando derechos sociales por su conexión con otros derechos fundamentales como por ejemplo con el principio de igualdad y no discriminación (piénsese en la exclusión de determinado colectivo de prestaciones o programas de servicios públicos); con el derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso; por la relación de los derechos sociales con otros derechos civiles y políticos (la vulneración del derecho a la salud que puede suponer una vulneración del derecho a la vida o a la dignidad, vulneración de derecho a la libertad de expresión por no respeto al derecho a la educación o que el no respeto al derecho a una vivienda digna suponga una violación del derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio y un largo etcétera de posibilidades¹⁶)¹⁷.

Otro de los argumentos utilizados para no dotar de verdadera eficacia a los derechos es la de su indeterminación en las declaraciones que los reconocen y de ahí su necesidad de desarrollo legislativo. Este argumento sin embargo no es realista para tal fin si lo relacionamos con el texto que reconoce derechos civiles y políticos sobre los que nadie duda, ya que el alcance de «trato humano y degradante» del art. 15 C.E., «tiempo estrictamente necesario» del art. 17 C.E., o «información veraz» de art. 20 C.E., entre otros, también requiere de determinación por parte de los operadores jurídicos y por ello no se les resta eficacia entre la doctrina. Asimismo, encontramos en las recientes declaraciones estatutarias de derechos un ejemplo que podría encuadrarse en este requerimiento de

al legislativo puede verse achacado de una carencia de legitimidad democrática de los órganos judiciales para tal cosa o de falta de idoneidad técnica para intervenir en este tipo de asuntos, sin embargo, esta acusación podría tomarse en consideración en el caso de estar referida a tribunales ordinarios, pero no en el caso del Tribunal Constitucional, cuya función es la de controlar la actuación de los órganos constitucionales, como el legislativo o el ejecutivo.

¹⁶ Ejemplo de lo que se afirma se puede ver en la S.T.E.D.H., n.º 0496/1994, caso «López Ostra», donde se protegen los derechos al medio ambiente y la vivienda, canalizados a través de la protección de la vida privada y la inviolabilidad del domicilio.

Por otra parte, afirma la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia de Tutela n.º 499 de 1992: «*El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de auto determinarse (C.P. art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1.º)*».

¹⁷ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, págs. 107 y ss.; J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, págs. 48 y ss.

determinación de las condiciones que pueden hacer exigible un derecho por vía del art. 53.3 C.E.¹⁸. Este art. 53.3 C.E. hace referencia a «*lo que dispongan las leyes que lo desarrollen*», sin hacer más especificación del tipo de ley al que se refiere. Con esto podría entenderse que el Estatuto de Autonomía podría ser una ley adecuada para esta regulación y para lograr la exigibilidad que necesitan este tipo de derechos. Si atendemos al tenor literal del art. 53.3 C.E. y observamos el detalle de algunos de los derechos que han venido siendo declarados por las reformas de los Estatutos de Autonomía (aunque esto no ocurra con todos los derechos enunciados) nada explica por qué se debe exigir una ley posterior que los especifique de nuevo, cosa que sí ha hecho el Tribunal Constitucional en sus S.S.T.C. 247/2007 y 31/2010. Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Defensor del Pueblo andaluz durante el proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía de Andalucía, donde afirma que la escueta regulación constitucional de los derechos sociales del Capítulo III del Título I «*ha sido complementada por el desarrollo legislativo desplegado, básicamente, por las Comunidades Autónomas (...) que han determinado que muchos de estos principios rectores o garantías institucionales hayan adquirido carta de naturaleza y la condición de auténticos derechos subjetivos*»¹⁹. Ante esto, cabría oponer el rango de Ley Orgánica del Estatuto de Autonomía como imposibilidad de encuadrar este desarrollo, ya que el art. 53.3 C.E. no especifica que esta sea una materia reservada a la Ley Orgánica. Sobre esta cuestión se puede traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la S.T.C. 5/1981, de 13 de febrero, en la que se afirma en el F.J. 21.a) que «*Cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley orgánica –y no una reserva de Ley ordinaria– solo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación*», y continúa diciendo que «*hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la C.E.), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas*

¹⁸ M. A. APARICIO PÉREZ y M. BARCELÓ SERRAMALERA, «Los derechos públicos estatutarios», en M. A. Aparicio Pérez (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008, pág. 29. También disponible en <www.fundacionmgimenezabad.es>, pág. 27. Se afirma que «*...en estos y otros muchos desarrollos se especifican con absoluta claridad todos los elementos propios del derecho (su titular, su contenido, su objeto y el sujeto pasivo u obligado) que, de esta forma, se hace exigible jurisdiccionalmente de acuerdo con el artículo 53.3 C.E. (y con el propio Estatuto) y sin que, en absoluto, su cumplimiento quede sometido a condición suspensiva alguna. Y allí donde se produce una remisión al posterior desarrollo legislativo autonómico (...) no se genera un aplazamiento de vigencia sino un aplazamiento de especificación...*».

¹⁹ J. CHAMIZO DE LA RUBIA, «Aportaciones del Defensor del Pueblo andaluz para la incorporación de los derechos sociales al Estatuto de Autonomía para Andalucía», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006, pág. 18.

Disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_TRI_01_chamizo.pdf>.

materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria»²⁰. Por una parte, esta doctrina confirmaría que el art. 53.3 C.E. se refiere a una ley ordinaria, y por otra parte abriría la posibilidad de excluir este tipo de desarrollo de derechos sociales del status de ley orgánica y de este modo posibilitar que sea el Estatuto la norma que desarrolle el contenido de estos derechos, sin que fuera necesario recurrir al desarrollo legislativo autonómico posterior. Sin embargo, el Tribunal Constitucional descartó también que esta opción sea posible en su S.T.C. 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya, cuyo fundamento jurídico 17 aborda la inclusión de derechos en los Estatutos de Autonomía analizando la cuestión desde el principio de distribución competencial y el criterio de competencia entre leyes orgánicas. Según el Tribunal *«La distribución competencial que opera entre las propias leyes orgánicas explica que el Estatuto de Autonomía no pueda regular toda la materia que en principio se reserva al género de la ley mediante la cual se aprueba (...)»*. Con esto viene el Tribunal a referirse a las leyes orgánicas de desarrollo de derechos fundamentales, cuyo cometido no puede realizarse desde la ley orgánica de aprobación de un Estatuto de Autonomía debido a su condición de norma institucional y por su limitada vigencia territorial, lo cual sí que podría dar lugar a una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales que incidiría negativamente en el principio de igualdad de todos los españoles. Por otra parte, la diferenciación que se establece entre ley orgánica (art. 81.1 C.E.) como vía de desarrollo de derechos fundamentales, y ley ordinaria (art. 53.1 C.E.) para la regulación de derechos supone que los Estatutos de Autonomía no puedan desarrollar ni una ni otra función. No podría desarrollar derechos fundamentales ya que, como hemos visto, aunque sea una ley orgánica se ve afectada por el principio de distribución competencial. Tampoco podría regular el ejercicio de los derechos por esa misma condición de ley orgánica, ya que el art. 53.3 C.E. encomienda esta labor a las leyes ordinarias. Con esto, afirma el Tribunal, respecto de la posibilidad de regular el ejercicio de derechos que *«Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente»*. Argumenta la imposibilidad de desarrollo de los derechos por parte de los Estatutos de Autonomía en que este tipo de normas tiene su ámbito propio en el terreno de la generalidad y la abstracción, diciendo con esto que no es una norma capaz de concretar este desarrollo, pareciendo con ello anclarse en la argumentación de una especie de «vaguedad e indeterminación crónica» de los derechos sociales, sea cual sea la redacción por la que se reconozcan, ya que si atendemos a la redacción de esos derechos a los que estamos haciendo referencia no cabría ninguna duda sobre su suficiente grado de concreción y especificidad²¹.

²⁰ Sobre esta doctrina puede verse también la S.T.C. 76/1983, de 5 de agosto, F.J. 2.

²¹ Recogiendo el ejemplo utilizado por los autores citados, cabe apuntar cómo se llega a especificar el contenido del art. 43 C.E. que proclama el derecho a la salud en el art. 22.2 del Estatuto

Con lo expuesto vemos que si existe voluntad de garantizar los derechos sociales a los ciudadanos existen las herramientas que lo pudieran hacer posible, cosa distinta es que en la realidad exista voluntad política para ello. Pareciera haber podido asistir a un proceso de avance en el reconocimiento y efectividad de los derechos, proceso que se ha tornado en su contrario, retrocediendo en los últimos años en ello.

III. LA REVOCABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una vez analizados escuetamente algunos de los argumentos más utilizados para defender la no exigibilidad de los derechos sociales, así como las respuestas que pueden darse en contra de estas afirmaciones tradicionales, cabe centrarse en la situación actual. Tal y como se ha apuntado, asistimos a un proceso de ataque sistemático por parte del ejecutivo y del legislativo a los derechos de los ciudadanos, con más crudeza a los que venimos denominando como derechos sociales. Se intentará observar a continuación la posibilidad de que tales derechos, habiendo sido reconocidos y hechos efectivos en parte, puedan ser revocados y hasta qué límite.

A) CONTENIDO MÍNIMO DE LOS DERECHOS SOCIALES

No es objeto de discusión doctrinal el hecho de que todos los derechos fundamentales requieran de desarrollo legislativo para su concreción y para analizar el alcance de los mismos. Sin embargo, respecto de los denominados derechos civiles y políticos se reconoce sin mayor problema la existencia de un contenido esencial tutelable a pesar del desarrollo legislativo concreto²². La cuestión que nos atañe ahora es la de dilucidar si esto mismo es predicable de los derechos sociales, la existencia de un núcleo indisponible por el legislador y por tanto protegido de la posible reversibilidad del derecho.

de Autonomía de Andalucía: *«Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a: a) Acceder a todas las prestaciones del sistema. b) La libre elección de médico y de centro sanitario. c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten. d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico. e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad. f) El consejo genético y la medicina predictiva. g) La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos. h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos. i) El acceso a cuidados paliativos. j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historia clínica. k) Recibir asistencia geriátrica especializada»*.

O, por su parte, el art. 23.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña *«Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por ley»*.

²² Entre otras, la más significativa al respecto de la determinación de esta cuestión es la S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, concretamente en sus F.F.J.J. 8 y 10.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas²³ ha establecido que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar los niveles esenciales de estos derechos, «hasta el límite máximo de los recursos de que disponga»²⁴. El Comité ha intentado definir también a través de sus Observaciones Generales el contenido mínimo de algunos de esos derechos. Asimismo, el Comité ha establecido la obligación de progresividad en la consecución de los derechos²⁵. El hecho de que los estados firmantes del P.I.D.E.S.C., España entre ellos, hayan adquirido el compromiso de la progresividad, tal

²³ Creado en 1985 como órgano de aplicación del P.I.D.E.S.C. que formula recomendaciones generales y emite Observaciones Generales (O.G.).

²⁴ Principio 25 de los Principios de Limburgo sobre la Implementación del P.I.D.E.S.C. (1986); Principio 9 de los Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos sociales y culturales; punto 10 de la O.G. n.º 3 (1990). Concretamente, este último establece que «Sobre la base de la extensa experiencia lograda por el Comité –así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio– al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas».

²⁵ Art. 2.1 del P.I.D.E.S.C.: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

Punto 9 de la O.G. n.º 3 (1990): «La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga».

compromiso comporta *sensu contrario* la no regresividad en el reconocimiento y aplicación de los derechos.

Si atendemos a este respecto a lo dispuesto por la Constitución, vemos cómo esta define al Estado como «social y democrático de derecho» en su art. 1.1, cómo el art. 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, el art. 14 reconoce el derecho a la igualdad, el art. 40 impone la promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución equitativa de la renta, el art. 45 que tiene como finalidad la protección y mejora de la calidad de vida en relación con los recursos naturales, el art. 128 subordina la riqueza del país al interés general, entre otros. Todo ello nos puede llevar a entender la existencia de determinados servicios y políticas públicas que se encuentren protegidos constitucionalmente y que no pueden verse afectados por determinadas medidas que acaben con ellos sin poner en riesgo con ello los principios de solidaridad y cohesión social, sin atacar el modelo social reconocido en nuestro ordenamiento y en el ámbito comunitario y sin impedir con ello la real igualdad de todos los ciudadanos.

Como ya se había apuntado para el caso de su justiciabilidad, el parámetro para determinar el núcleo mínimo resistente a esta actividad del legislador consistente en aplicar recortes que suponen regresión o revocación de derechos sociales puede venir establecido por el estándar de la dignidad. Para que cualquier persona pueda tener una vida digna es necesario que tenga asegurados estándares mínimos que vendrían dados por los derechos sociales, tales como protección de su salud, una vivienda digna o de condiciones laborales adecuadas. Si tenemos en cuenta lo dicho se podría concluir que la eficiencia económica, la estabilidad presupuestaria y el ahorro deben tener como objetivo la garantía de estos niveles mínimos de protección²⁶. Ese núcleo mínimo debería constituir el arma que pueda usarse para reprimir los ataques dirigidos a estos derechos mediante políticas contrarias a su efectividad, la no implantación de medidas que los garanticen, la paralización o bloqueo del proceso de mejora de los mismos y la regresión de los niveles de atención alcanzados sin causa justa para ello²⁷. Desde parte de la doctrina se entiende que una acción del legislativo dirigida a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales ya garantizados podría llegar a considerarse inconstitucional, aunque también

²⁶ Sobre la determinación de ese mínimo, ver J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, págs. 60 y ss.; CONSEJO DE REDACCIÓN, «Crisis económica y derechos sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los derechos sociales», *Revista de Fomento Social*, n.º 68, 2013, págs. 179-201.

²⁷ F. LÓPEZ MENUDO, «Los derechos sociales en los estatutos de autonomía», en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de Origen. Nuevo estatuto del P.D.I. universitario*. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 89.

se contrapone el argumento de que esto supondría una excesiva limitación del principio de pluralismo político²⁸.

B) EL TIPO DE NORMA COMO LÍMITE

Una vez apuntados estos datos sobre la existencia de un contenido mínimo, también en el caso de los derechos sociales, cabe analizar si existe, además, algún límite de cara a la actividad del legislador respecto de su revocabilidad.

En primer lugar, estamos asistiendo a un sistemático ataque a los derechos utilizando de forma generalizada la vía del decreto-ley. El Real Decreto-Ley viene reconocido en el art. 86 C.E. como una herramienta de carácter excepcional que habilita al Gobierno a dictar «disposiciones legislativas provisionales», en condiciones de «extraordinaria y urgente necesidad» y que «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I»²⁹. Con estos parámetros delimitados en cuanto al uso de este instrumento, si analizamos los recortes en derechos sociales que han venido teniendo lugar por parte del Gobierno por esta vía, se puede concluir que no eran cuestiones de tan extraordinaria y urgente necesidad que impidiera esperar al normal funcionamiento de las Cámaras y que además han afectado a los derechos regulados en el Título I de la Constitución, no sólo modulando los servicios y medidas, sino afectando incluso a los titulares de los derechos como en el caso de la Sanidad respecto de extranjeros y menores de 26 años, contraviniendo así lo establecido en el mismo texto constitucional³⁰.

C) PONDERACIÓN

En la O.G. n.º 3 del Comité D.E.S.C., citada anteriormente, se establece, en su punto 9 que *«todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga»*. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la S.T.C. 66/1995, de 8 de mayo, ha dicho que para comprobar

²⁸ L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

²⁹ Como aclara la S.T.C. 137/2011, de 14 de septiembre, esta figura sólo está contemplada como un instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción normativa inmediata o que por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida.

³⁰ Un análisis pormenorizado de esta cuestión en relación al Real Decreto-Ley 16/2012 que afecta a la Sanidad puede verse en J. CANTERO MARTÍNEZ, «Constitución y derecho a la protección de la salud ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios?», *Revista C.E.S.C.O. de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

si una medida que impida o limite el ejercicio de un derecho es necesario que esta supere «*el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto (...); si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*».

Por su parte, en el marco legislativo encontramos también establecidos estos requisitos apuntados. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible hace varias referencias en este sentido en su art. 4³¹ hablando del respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad y eficacia en la iniciativa normadora.

Con esto cabe preguntarse si ese juicio de ponderación que exige la normativa internacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la legislación interna ha sido efectivamente realizado antes de proceder a la restricción de los derechos de los que hablamos, si había medidas menos lesivas para el interés ge-

³¹ «**Artículo 4: Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas:**

1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

5. En aplicación del principio de transparencia, los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente.

6. Para garantizar el principio de accesibilidad, se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente.

7. El principio de simplicidad exige que toda iniciativa normativa atienda a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

8. En aplicación del principio de eficacia, la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales.

9. En todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general».

neral o si esas otras medidas han sido tenidas en cuenta o no, entre otras cuestiones³². Al menos sabemos que ese juicio de ponderación y proporcionalidad no ha quedado reflejado en las exposiciones de motivos de las normas a que nos referimos, como hubiera sido de esperar atendiendo a la normativa citada.

D) SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Estas modificaciones de las condiciones de disfrute de derechos sociales adquiridos pueden suponer también una vulneración del art. 9.3 C.E. por cuanto establece la «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», siempre que dichas modificaciones tengan como objeto derechos ya adquiridos y reconocidos. A pesar de que no estamos hablando en este caso de una disposición sancionadora propiamente dicha, sí hablamos de disposiciones que restringen derechos, con lo que se podría enmarcar en la intencionalidad de este artículo. Asimismo, puede suponer una quiebra del principio de seguridad jurídica. A este respecto puede oponerse, que el Tribunal Constitucional, en su S.T.C. 227/1988, de 29 de noviembre, determina que el principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas (F.J. 10). Siendo esto así, también habría que tener en cuenta otra jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que habla del principio de confianza legítima de los ciudadanos, entendiendo este como derivado del citado principio de seguridad jurídica³³. Más concretamente, la S.T.C. 234/2001, de 13 de diciembre, establece en su F.J. 9 que *«aunque la retroactividad de las normas tributarias no está de forma total proscrita, sí puede tacharse de lesiva desde el punto de vista constitucional, cuando su articulación por el legislador vulnere alguno de los principios del artículo 9.3 C.E., tanto más cuanto que el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (S.T.C. 150/1990, de 4 de octubre, F.J. 8; y 182/1997, de 28 de octubre, F.J. 11). Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (S.T.C. 15/1986, de 31 de enero, F.J. 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (S.T.C. 36/1991, de 14 de febrero, F.J. 5),*

³² J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.

³³ S.T.C. 222/2003, de 15 de diciembre, que en su F.J. 4 establece que el ciudadano *«pudo generar un criterio merecedor de protección, al amparo del principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) en un Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.). La idea material contenida en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquéllos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal»*.

como la claridad del legislador y no la confusión normativa (S.T.C. 46/1990, de 15 de marzo, F.J. 4)».

Con esto cabe afirmar que si bien no puede predicarse de forma pacífica una quiebra del principio de seguridad jurídica mediante los recortes en derechos, sí que pueden estas actuaciones suponer una quiebra del principio de confianza legítima de los ciudadanos. De hecho lo ha sido en los últimos años con la mayoría de las medidas adoptadas en este sentido.

IV. INACTIVIDAD DE LOS OPERADORES JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS

Con el panorama descrito podemos ver cómo, sin ser cuestión pacífica entre la doctrina en todos sus puntos, los derechos sociales sí pueden ser verdaderamente exigibles o, cuanto menos, resistentes en parte a la actividad del legislador de turno. Sin embargo, a pesar de contar con los argumentos necesarios para ello, los derechos en general y los sociales en particular están siendo degradados o limitados hasta el punto de hacer peligrar el bienestar de los ciudadanos, tal y como vemos diariamente. Ante esto cabe preguntarse ahora por qué se permite desde aquellos que deben interpretar y garantizar el Derecho esta situación.

Desde la ciudadanía no sólo se percibe el ataque sistemático a sus derechos y la degradación de las condiciones de vida, sino que el sentimiento es el de abandono por parte de aquellos que tienen que velar por el cumplimiento y la interpretación del Derecho. No hay órgano que ponga freno a esta oleada, los tribunales respaldan las posiciones más retrógradas en cuanto a reconocimiento de derechos y cada día se observa como desde las más altas cotas de poder se cometen delitos que quedan impunes. La situación de colapso de la justicia y la imposición de tasas judiciales que limitan el acceso igualitario a la misma hacen ver que la resolución de un conflicto por vía judicial puede conllevar más inconvenientes que beneficios³⁴.

Ante esta situación contamos con un legislativo y, especialmente, un ejecutivo más preocupado a lo largo de los años en controlar la justicia que en solucionar sus carencias. Las principales cuestiones que han llevado a esta situación con respecto a la justicia serían las siguientes:

- a) Ausencia de independencia del poder judicial: La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial empezó a modificar el orden de cosas en cuanto a la designación de los componentes del Consejo General del

³⁴ Según el último Barómetro del C.I.S. publicado, correspondiente a julio de 2014, un 47,6% de los encuestados considera que la situación política es «Muy mala». Respecto de los problemas que más preocupan a los ciudadanos «La corrupción y el fraude» es el segundo de ellos, por detrás del paro. Disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3033/es3033mar.pdf.

Poder Judicial, la cual se establece en el art. 122.3 C.E., distribuyendo esta de los veinte vocales del Consejo General del Poder Judicial a cuatro elegidos por el Congreso, cuatro por el Senado y doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías. Con esta Ley Orgánica, los doce miembros judiciales serían propuestos también por Congreso y Senado³⁵. De hecho, con este sistema, las renovaciones del Consejo General del Poder Judicial son el escenario de luchas partidistas, habiéndose provocado el bloqueo de dichas renovaciones en diferentes ocasiones.

Por su parte, la Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial viene adoptada sin exposición de motivos y con un fuerte consenso de los partidos mayoritarios. La ley declara en situación de «servicios especiales» en la carrera judicial a Jueces y Magistrados que sean nombrados para cargo político o de confianza, con la garantía de que una vez reingresen a la carrera judicial tras este paso por la política «deberán de abstenerse de conocer de los asuntos concretos vinculados con su actividad política», reconociéndoles como antigüedad en la carrera judicial todo el tiempo prestado en carrera política. De esta forma, un Juez dedicado a la política durante veinte años, vuelve a la Judicatura y puede acceder directamente al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional por los años de experiencia en la carrera judicial y porque los vocales del Consejo General del Poder Judicial serán los que haya propuesto su propio partido político³⁶.

La última reforma realizada mediante la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, profundiza en este panorama, respondiendo al posible bloqueo interno del bipartidismo judicial por un cambio del mapa político parlamentario. Con esta reforma, los vocales del Consejo General del Poder Judicial podrán ser designados por una sola de las dos cámaras si en la otra no se alcanza la mayoría preceptiva de los tres quintos. En la práctica supondría asegurar esta función al Senado cuyo proceso de elección asegura más probablemente la mayoría al partido político del Gobierno actual. Con la reforma, los presidentes de Sala de todos los Tribunales y Audiencias serán elegidos a partir de ahora por mayoría simple y no por los tres quintos anteriores, lo que puede influir en causas abiertas.

- b) La situación de colapso y carencia de medios materiales y personales: En el informe del Consejo de Europa sobre la calidad de la Justicia se

³⁵ Declarado constitucional por la S.T.C. 108/1986, de 29 de julio.

³⁶ C. H. PRECIADO DOMÈNECH, «Política y justicia en el Reino de España: del flirteo a la orgía de la taxonomía judicial ibérica», *Revista Sin Permiso*, 2/10/11, disponible en <http://www.sinpermiso.info/>.

refleja que en España hay 10,2 jueces por cada 100.000 habitantes (en Alemania hay 24,3, 17,8 en Austria, 14,8 en Bélgica), situándose 10 puntos por debajo de la media europea³⁷; el Gobierno y las Comunidades Autónomas dedican el 1% del presupuesto a Justicia, prácticamente la mitad que la media europea (1,9%)³⁸; según encuestas, una inmensa mayoría de la carrera judicial en servicio activo (según la fuente el 75% o el 77%) efectúa excesos de jornada y considera que tiene sobrecarga de trabajo³⁹.

En el año 2011 había más de 3 millones de asuntos en trámite en los juzgados y tribunales españoles y más de 2 millones y medio de ejecuciones de sentencias en trámite.

- c) En abril de este mismo año el Gobierno presenta el Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁰. Este anteproyecto supone un reforzamiento del Tribunal Supremo y con ello de la continuidad de una determinada forma de interpretar el derecho. Se dota de fuerza vinculante a las resoluciones del Tribunal Supremo y este será competente para decidir sobre la ejecución de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.). Se refuerza el poder de este Tribunal para inadmitir recursos de casación y se abre la puerta a la consulta prejudicial del juez inferior al Tribunal Supremo para aclarar casos en los que, entre otros, se plantee la vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional. Esto supone el conocimiento de casos que afecten a los derechos fundamentales por parte del Supremo, con el peligro de suponer un freno a la evolución jurisprudencial.

Además de esto, se produce un blindaje de los jueces ante posibles críticas solicitando amparo ante el C.G.P.J. Este órgano, que comparte presidente con el Tribunal Supremo, «podrá ordenar el inmediato cese» de conductas que perturben el «sosiego y ecuanimidad» de los jueces, siendo la desobediencia de esa orden constitutiva de delito.

Este reforzamiento del Tribunal Supremo supone reforzar el órgano judicial que nunca fue depurado ni reformado tras la dictadura, al que el Tribunal Constitucional quitó poder y que discute la autoridad y las resoluciones de éste. Se limita asimismo las posibilidades de que la ciudadanía pueda plantear críticas a los jueces. Todo ello sumado a otras reformas recientes en materia de justicia como la restricción de la

³⁷ Encuesta 2010-2012 de la Comisión Europea por la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa, http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

³⁸ Encuesta 2010-2012 de la Comisión Europea por la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa, http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

³⁹ <http://www.juecesdemocracia.es/sindical/doc/documentos.asp>; <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>.

⁴⁰ Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788483261/Detalle.html>.

jurisdicción universal⁴¹ y a la introducción de tasas procesales⁴² supone una justicia menos accesible, menos garantista y más conservadora.

Se mantiene a pesar de la reforma, el mismo sistema de acceso a la carrera judicial. A este respecto se puede apuntar que desde varios movimientos sociales en el momento actual se está pidiendo que la elección de jueces y magistrados se realice de forma más democrática a la vista de las posturas conservadoras y contrarias a los derechos que se están observando. No es esta cuestión baladí que podamos analizar ahora, pero sí hay que tener en cuenta para verlo todo el entramado de influencias políticas en las altas esferas del Poder Judicial y que en la práctica, la posibilidad de plantearse el acceso a la carrera judicial sólo está al alcance de unos pocos.

- d) Un Tribunal Constitucional con unos posicionamientos cada vez más conservadores que sorprenden a la doctrina en muchas ocasiones y que para nada contribuyen al reconocimiento y efectividad de los derechos sociales, como las sentencias que tratan la cuestión de los derechos estatutarios (S.T.C. 247/2007, de 12 de diciembre y la S.T.C. 31/2010, de 28 de junio), la sentencia que da validez a la reforma laboral mediante la Ley 3/2012 de 6 de julio (S.T.C. 119/2014, de 16 de julio), etcétera.

Todo ello nos ofrece el panorama actual que podemos encontrar en lo que a los garantes de los derechos de los ciudadanos, aquellos que han de hacer efectivas las resistencias contra las actuaciones de los poderes públicos se refiere. Situación y perspectivas que en nada parecen contribuir por mejorar la situación actual.

V. CONCLUSIONES

Tal y como se exponía al inicio, es deber de la academia el contribuir de alguna forma al esclarecimiento de la situación actual. Averiguar las causas que permiten al legislativo (y sobre todo al ejecutivo) de turno hacer y deshacer a su antojo en lo que a derechos y garantías se refiere, así como proponer soluciones a las situaciones que esto pueda conllevar.

Con lo expuesto en estas líneas, en la cuestión que nos atañe podemos concluir que la teoría tradicional sobre el menor grado de exigibilidad de los derechos llamados sociales es revisable, habiendo argumentos garantistas que permiten tal opción. No tiene justificación sólida seguir manteniendo que estos derechos no pueden ser exigibles y que no comportan obligaciones para el Estado a menos que este los desarrolle legislativamente. Por otra parte, aunque

⁴¹ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

⁴² Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

podamos considerar lo expuesto, en el ordenamiento jurídico español es el modelo que se tiene de los derechos, pero esto tampoco puede permitir que se disponga de los derechos y se revoquen en parte o completamente una vez han sido reconocidos y regulados. Existen limitaciones que se han expuesto, tales como el respeto a un contenido mínimo de los derechos, la utilización del tipo de norma adecuada a lo que se tiene en juego, la ponderación y juicio de proporcionalidad para asegurar que la restricción es la única alternativa (y la publicidad de esta) y la no vulneración del principio de confianza legítima derivado del principio de seguridad jurídica. Sin embargo estas limitaciones tampoco se están cumpliendo y el ataque a los derechos se está produciendo sin ningún tipo de garantías ni limitaciones, todo ello permitido desde los poderes públicos y desde los órganos que deberían ser garantes de los derechos.

Sin entrar a considerar ahora el proceso de elaboración de la Constitución Española de 1978, las carencias del mismo, la legitimidad de esta, la ausencia de ruptura democrática con el régimen franquista e incluso otras cuestiones relacionadas con la democracia y la participación reales con las que se cuenta en nuestro sistema, que supondrían otro interesante y extenso debate que se escapa a la cuestión que queremos centrar en estas páginas, en lo que respecta a la eficacia o ineficacia de la norma suprema para garantizar lo que por ella misma viene proclamado, se llega a la conclusión apuntada al principio de que la Constitución no está sirviendo para ello.

Todo lo expuesto demuestra que no sólo la Constitución, sino todo el sistema generado por esta, no constituyen las herramientas adecuadas para garantizar el bienestar de la ciudadanía. Es tal el desconocimiento por parte de los poderes públicos de las normas que protegen a los ciudadanos de su injerencia, es tal la permisividad del sistema para que todo esto ocurra y es tan desesperada la situación general y tan deslegitimados se encuentran ya los órganos constitucionales que difícil solución satisfactoria con los derechos se podría encontrar en el actual marco.

Sólo cabe la defensa de la apertura de un proceso constituyente que cuente con la participación democrática de todos si tenemos como objetivo la garantía y la protección de los derechos en general y la democratización real de los órganos representativos y sobre todo el control democrático de estos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.^a ed., Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ SERRAMALERA, M., «Los derechos públicos estatutarios», en M. A. Aparicio Pérez (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., «Constitución y derecho a la protección de la salud ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios?», *Revista C.E.S.C.O. de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesc>.
- CHAMIZO DE LA RUBIA, J., «Aportaciones del Defensor del Pueblo andaluz para la incorporación de los derechos sociales al Estatuto de Autonomía para Andalucía», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006.
- Conciliación de datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/Datos-de-la-Justicia/Conciliacion-de-datos-sobre-ejecuciones-hipotecarias-y-desahucios-N-35-junio-2013->.
- CONSEJO DE REDACCIÓN, «Crisis económica y derechos sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los derechos sociales», *Revista de Fomento Social*, n.º 68, 2013.
- Emergencia Habitacional en el Estado Español*, de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca y el Observatorio D.E.S.C., 2013, disponible en http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/12/2013-Emergencia-Habitacional_Estado_Espanyoldef.pdf.
- Impacto de la Crisis en los Órganos del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2013.
- LÓPEZ MENUDO, F., «Los derechos sociales en los estatutos de autonomía», en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de Origen. Nuevo estatuto del P.D.I. universitario*, Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009, Valladolid, Lex Nova, 2009.
- PAJEJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H., «Política y justicia en el Reino de España: del flirteo a la orgía de la taxonomía judicial ibérica», *Revista Sin Permiso*, 2/10/11, disponible en <http://www.sinpermiso.info/>.